

Yargıç ve Empati

Mehmet Akif TUTUMLU¹

Özet

Bir insanın kendisini karşısındaki insanın yerine koyarak onun düşüncelerini doğru olarak anlama, duygularını hissetme ve bu durumu ona anlatma süreci olarak tanımlanan empatinin yargıç tarafından kullanılması, başka anlatımla yargıcın yargısal faaliyetlerinde empati yapması acaba onun tarafsızlığını zedeler mi? Bu soruya olumsuz yanıt verdiğinde bu kez empatinin sınırlarını çizme sonucu ortaya çıkar. Bu çalışmada her iki soru ve sorunun işlenmesine, çözüm yolları üzerinde düşünce geliştirmesine yönelik bir amaç gütmektedir.

Anahtar Kelimeler: yargılama, yargıç, empati, sempati, takdir yetkisi

I. Empati Kavramı

A. Kavramın Kökeni

Empati kavramının dünya kültür tarihine girişi, estetik kuramıyla ünlü Alman filozof Theodor Lipps'in

einfühlung kavramıyla olmuştur. Empati anlamına gelen bu kavram, kişinin kendisini algı nesnesine yansıtmasını ifade eder. Yani içeriden hissederek bir şeyin içine girmek, örneğin hissederek bir tablonun, bir romanın içine girmektedir.

Bu terim daha sonra 20. yüzyılın başlarında İngiliz psikolog Edward Brodford Titchener tarafından psikoloji literatürüne aktarıldı.²

B. Tanımlar

Empati, Fransızcadan (*empathie* sözcüğünden) dilimize girmiş bir sözcük³ olup,⁴ günümüz Türkçesinde bu sözcüğe karşılık olarak *duygudaşlık* terimi önerilmiştir.⁵ Ancak biraz sonra empati türlerini açıklarken anlaşılacağı üzere, duygudaşlık terimi empati türlerinin tümünü karşılamadığı için biz bu

¹ Yargıç, Ankara, E-posta: mehmetakiftutumlu@gmail.com

² Alfie KOHN, *İnsan Doğasının Aydınlik Yüzü*, Çev.: Yiğit Ataman, Görünmez Adam Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 160.

³ Bkz. *TDK Sözlük*, empati maddesi, *tdk.sozluk.gov.tr*, Erişim Tarihi: 23.9.2019.

⁴ *Nişanyan Sözlük*'te empati sözcüğünün eski Yunanca'da en+pathia (hissetme, duyma) sözcüğünden kaynaklandığı, bu terimin 1900 yılında Almanca *einfühlung* sözcüğü ile karşılandığı ve buradan İngilizce'ye *empathy* şeklinde geçtiği ileri sürülmüştür. Sevan NİŞANYAN, *Nişanyan Sözlük*, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, Liber Plus Yayınları, Ankara 2018, s. 223.

⁵ *Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2015, s. 330; ayrıca bkz. *TDK Sözlük*, empati maddesi, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 580.

çalışmada empati kelimesini kullanmayı tercih edeceğiz.

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde duygudaşlık olarak ifade edilen empati kavramı şöyle tanımlanmıştır:

“Aynı duyguları paylaşma; kendini duygu ve düşüncede bir başkasının yerine koyabilme.”⁶

Selçuk Budak tarafından hazırlanan *Psikoloji Sözlüğü*'nde ise empati kavramı şöyle açıklanmıştır:

“Başkalarının düşünce ve duygularının ve bunların muhtemel anlamlarının objektif bir şekilde farkında olma, karşısındakinin duygu ve düşüncelerini temsili olarak yaşama. Bu haliyle hem bilişsel hem de duygusal bir süreçtir, kişinin kendini karşısındakinin durumunda hayal etmesiyle, mendi benzer deneyimlerini hatırlamasıyla gerçekleşir.”⁷

Anılan kavramın *Felsefe Ansiklopedisi*'ndeki izahı ise şöyledir:

“Empati, bir insanın kendisini karşısındaki insanın yerine koyarak onun düşüncelerini doğru olarak anlama, duygularını hissetme ve bu durumu ona anlatma sürecidir.”⁸

Empati, karşısındaki *doğru* anlama ve algılama işlemidir. Bunun için kişinin kendi ölçütlerini değil, muhatabının anlam dünyasının ölçütlerini kullanması gerekir.

Empatinin bilimsel alanda da, neredeyse yazar sayısı kadar tanımı bulunmaktadır.⁹ *C.G. Rogers*'ın tanımı¹⁰ kanımızca kavramı yeterince aydınlatan bir tanım olup şöyledir:

“Bir kişinin kendisini karşısındaki kişinin yerine koyarak olaylara onun bakış açısıyla bakması, o kişinin duygularını ve düşüncelerini doğru olarak anlaması, hissetmesi ve bu durumu ona iletmesi sürecine empati adı verilir.”

B. Sempatiden Farkı

Empati ile sempati akraba kavramları gibi bir izlenim verse de özünde farklı anlamları olan kavramlardır. Empatide kişinin karşısındaki anlaması esastır, onunla özdeşleşmesi söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, empati, adeta bir başkasının ayakkabılarını giyebilmek ve onlarla hissetmektir; ancak bu durum, o kişiyle birlikte üzümlüp kederlenmek, yani benzer duy-

6 *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 580.

7 Selçuk BUDAK, *Psikoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2003, s. 258.

8 Şennur TUTAREL-KIŞLAK, “Empati”, *Felsefe Ansiklopedisi* içinde (Editör: Ahmet Cevizci), Cilt 5, Eba-bil Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 425.

9 Çeşitli tanımlar için bkz. Cavit ÜNAL, “İnsanları Anlama Kabiliyeti”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 3, 1972, s. 79; Nuri BİLGİN, *Sosyal Psikoloji Sözlüğü*, Bağlam Yayınları, İstanbul 2003, s.101-102.

10 “Bir kişinin kendisini karşısındaki kişinin yerine koyarak olaylara onun bakış açısıyla bakması, o kişinin duygularını ve düşüncelerini doğru olarak anlaması, hissetmesi ve bu durumu ona iletmesi sürecine empati adı verilir.” C.R ROGERS, *Carl Rogers on Encounter Groups*, HarperCollins, New York 1970, aktaran: Üstün DÖKMEN, *İletişim Çatışmaları ve Empati*, 47. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2012, s. 157.

guları duyumsamak, sempati duymak demek değildir. “**Sempatide anlamak değil, yandaş olmak esastır, diğerine hak vermek söz konusudur.**”¹¹

C. Özdeşleşmeden Farkı

Empati, temelde bilince dayalı, bilişsel bir faaliyettir. Derhal kavranamayan faaliyetleri *taklit* ve *çıkar-sama* yoluyla anlamak için gösterilen zihinsel bir çabadır. Oysa özdeşleşme, kendine özgü hiçbir taklitçiliği gerektirmeyen, bilinçli bir çabaya dayalı olmayan, dahası bilinçsiz, heyecansal bir psikolojik durumu ifade eder.¹²

II. Empati Türleri

A. Temel Empati

Başkalarının hislerini paylaşmak, sözsüz duygusal işaretleri okumak şeklinde tanımlanmaktadır.¹³ Başka bir deyişle temel empati, duyguları okumaya dayalı bir beceridir. Bu yeti de ayna nöronlar olarak adlandırılan sinir hücreleri sayesinde olmaktadır. Nöronlar, duyguların fark edilmesini ve fark eden kişiye bulaşmasını sağlamaktadır.

B. Empatik İsalet

Başka birinin hislerini, düşüncelerini ve niyetlerini doğru şekilde anlayabilme becerisini ifade eder.¹⁴ Bu becerinin temel empatiden farkı, başkasının doğrudan dile getirilmemiş hislerini ve düşüncelerini, çeşitli verilerden ve bağlamsal unsurlardan çıkarsama başarısını ortaya koymasıdır.

C. Bilişsel Empati

Bu tür empatide kişinin kendisini başkasının yerine koyması, onun bakış açısını anlaması esastır. Bu tür empatiyi, merak eden, sorgulayan zihni melek sahibi kişiler becerebilir.¹⁵

D. Duygusal Empati

Başkasının hissettiğini hisseden kişi, duygusal empatiyi gerçekleştirmiş olur.¹⁶ Duygusal empatiyi sağlayan nörolojik yapıyı *Goleman* şöyle açıklamaktadır: “Duygusal empati, korteksin altında yer alan ve derinlemesine düşünmeden hızla hissetmeyi sağlayan, beynin evrim öncesi bölümlerinden amigdala, hipotalamus, hi-

11 TUTAREL-KIŞLAK, 2007, s. 425. (Vurgular tarafıma aittir, M.A.T.)

12 ÜNAL, 1972, s. 7-6.

13 Yıldız Dilek ERTÜRK, *Davranışlarımız ve Biz, Sosyal Psikoloji Bakışıyla Kalabalık İçinde Ben Olmak*, Pozitif Yayınları, İstanbul 2017, s. 158.

14 ERTÜRK, 2017, s. 159.

15 Daniel GOLEMAN, "Empati Nedir?", *Duygusal Zekâ Empati*, Çev.: Levent Göktem, Optimist Yayınevi, İstanbul 2018, s.10-11.

16 Duygusal empati, korteksin altında yer alan ve derinlemesine düşünmeden hızla hissetmeyi sağlayan, beynin evrim öncesi bölümlerinden amigdala, hipotalamus, hipokampus ve orbitofrontal korteksin yönetimindedir. Bu merkezler, başkasının duygusal durumunun bize yansımaları sağlar.

pokampus ve orbitofrontal korteksin yönetimindedir. Bu merkezler, başkasının duygusal durumunun bize yansımını sağlar.”¹⁷

E. Empatik İlgı

Bu tür empati, bir beklentiyi içerir: “Başkasının benden beklentisini sezdiğimde bu tür empatiyi gerçekleştirmiş olurum.”¹⁸

F. Duyarlılık Empatisi

Bu tür empati, sosyal algı alanının empoze ettiği içeriğin **görünüm** itibarıyla kabul edilmesine dayanır. Başka bir deyişle, algılanan içeriğin arka planını oluşturan, davranışın gerçek motiflerinin bilgisini içermez.¹⁹

G. Reflektif Empatisi

Reflektif empati, sosyal içeriğin görünüş itibarıyla değil, mesajın temelindeki motifler açısından kavranmasıdır.²⁰ Öte yandan reflektif empati sadece o anda oluşan etkilerden değil, yer ve zaman bakımından geniş bir alana yayılmış geçmiş yaşantılarını kapsamı bakımından duyarlılık empatisinden ayrılır.

III. Empatinin

Gerçekleştirilmesinin Koşulları

A. Duygusal Zekâyaya Sahip Olmak

Empati, ruhbilim alanına ait bir terimdir; esas olarak insanı anlamının bir aracı olarak işlev görür. Kişinin ilişkiye girdiği insanı tam olarak anlayabilmesi, belli bir anlama ve algılama düzeyine sahip olmasını gerektirir. Bu da *duygusal zekâyı* gerekli kılar. Duygusal zekâ, “*kişinin kendi duygularını anlaması, başkalarının duygularına empati beslemesi ve duygularını yaşamını zenginleştirecek biçimde düzenleyebilmesi için gerekli olan bir zekâ*” şeklinde tanımlanmaktadır.²¹

Demek oluyor ki empatinin ön şartı, duygusal zekâyaya sahip olmaktır.²²

B. Hayal Gücüne Sahip Olmak

Başkasının hissettiğinin aynısını hissetmek mümkün değildir, zira her insanın hisleri özel ve biriciktir; tekrarlanamaz, birebir başkasına transfer edilemez. Dolayısıyla empati, doğal olarak üretilen bir edim değil, hayal gücü sayesinde mümkün olan başkası-

17 GOLEMAN, 2018, s. 12-13.

18 GOLEMAN, 2018, s. 10-11.

19 ÜNAL, 1972, s. 89.

20 ÜNAL, 1972, s. 89.

21 ERTÜRK, 2017, s. 165.

22 Nur Metin KORKMAZ, “Müsait Bir Zamanda Aynı Duyguda Buluşalım mı?”, *Psikeart*, Empati Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 2018, Sayı: 58, s. 49.

nı anlama biçimidir.²³ *Adam Smith* de başkasının duygusuna dair bir anlayış oluşturmamız için geçer tek yolun *tasavvurumuz* olduğunu ileri sürer.²⁴

C. Benmerkezci Tutumu Askıya Almak

Kişinin kendi duygu ve düşüncelerini, kısacası kendi varlık aktlarını merkeze alarak dünyayı algılaması ve yorumlaması, yani benmerkezci bir tutumla yaşamını idame ettirmesi, temel bir insani durumdur. Ancak empati kurmak için kişinin benmerkezci tutumunu bir kenara bırakması (askıya alması) gerekir. Yani kişi, kendi bakış açısından çıkararak, karşısındakinin bakış açısına yerleşmesini becermelidir, aksi halde tam bir anlamadan söz edilemeyecektir.

D. Yüksek Duygusal Farkındalık ve Duyarlığa Sahip Olmak

Kişide duygusal duyarlılık ve farkındalığın yüksek olması doğal olarak onun empati düzeyini de yükseltir. Kendi duyguları ile barışık olmayan, onların üzerinde düşünmeyen kişinin başkasının duygularına önem verip onu anlaması mümkün değildir.

E. Anlamanın İfade Edilmesi

Kişi, karşısındakinin anlamasına rağmen bu durumu ona ifade etmiyor, bir şekilde iletmiyorsa empati süreci tamamlanmamış demektir. Zira empati kişinin kendi egosuna değil, ötekine hizmet eden bir zihinsel-psikolojik süreç ve tutumdur.

IV. Empati Duygusunun Kazanılması ve Geliştirilmesi

Empatinin insanda doğuştan var olan bir yeti olup olmadığı konusunda kesin bir bilimsel kanıt veya bulgu yoktur. Parma Üniversitesinde nörologların maymunlar üzerinde yaptığı bir araştırmaya göre, maymunların belli bir işi sadece kendileri yaparken değil, aynı şeyi yapan, örneğin muz yiyen bir başkasını izlerken de aktifleşen beyin hücreleri keşfettiler ve bunlara “ayna nöron” adını verdiler. Bazı nörologlar bu ayna nöron kuramının insanlar için de geçerli olduğunu ileri sürdüler.²⁵ “Ayna nöronlar bize kavramsal akıl yürütme yoluyla değil, **doğrudan taklit yoluyla**; düşünerek değil, **hissederek** başkasının zihnini kavrama olanağı verir.”²⁶

23 KORKMAZ, 2018, s.49.

24 Adam SMITH, *Ahlaki Duygular Kuramı*, Çev.: Berkay Tartıcı, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2017, s. 19.

25 Tiffany Watt SMITH, *Duygular Sözlüğü*, Türkçesi: Hale Şirin, Kolektif Kitap, İstanbul 2018, s. 78.

26 Sandra BLAKESLEE, Cells That Read Minds, New York Times, 10 Ocak 2006; Jonah LEHRER, *Karar Anı, Beynimiz Karar Vermemizi Nasıl Sağlıyor?*, Çev.: Ferit Burak Ayder, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2010, s. 202 (Vurgular bana aittir, M.A.T.).

18. yüzyıl filozoflarından *Adam Smith* de 1759'da yayımladığı *Ahlaki Duygular Kuramı* adlı eserinde, empatinin insan doğasından kaynaklanan bir yeti olduğunu ileri sürer. Örneğin, der:

“Birisinin bacağına ya da koluna bir şey düşeceğini gördüğümüzde doğal olarak korunmaya çalışır ve kendi bacağı-mızı ya da kolumuzu çekeriz; düştüğün-de ise bir ölçüye kadar mağdurun yanı sıra biz de aynı acıyı hissederiz.”²⁷

Bir dönem *Edmund Husserl*'in asistanlığını yapmış olan *Edith Stein*, 1916 yılında doktora tezi olarak sunduğu ve kültür tarihinde ihmal edilmiş bir felsefe klasiği sayılan *Empati Sorunu Üzerine* (On The Problem Of Empathy) adlı eserinde; başkalarının ruhsal durum ve öznel deneyimlerini çıkarım yoluyla değil, empati yetimiz sayesinde anlayabildiğimizi öne sürer. Empati, insanda verili olan, indirgenemez olan bir yönelimsellik durumudur. Dolayısıyla empatik edimlerimizde karşımızdakini salt bir beden olarak değil, bir birey, bir zihin olarak da algılarız.²⁸

Doğuştan olsun veya olmasın, aslında empatinin bilinç temeli bebeklik çağında atılıyor. Bir annenin veya bakıcının çocuğu aynalaması ile bebeğe empatik tutum aktarılır. Anlaşıldığını hisseden, temel ihtiyaçlarının karşılandığını, sevildiğini anlayan bebek, böylece başkalarını anlayabilme yeteneğini de geliştirmiş oluyor.²⁹ Yapılan araştırmalara göre empati, yaşla birlikte artmaktadır.³⁰ Öte yandan empati geliştirilebilen bir yetenektir.³¹

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bu yetenek, olumsuz şartlarda kaybolmaktadır. Empati yeteneğini sonradan kazanabilmenin yolu zihinsel yetenekleri geliştirmekten geçiyor. Merak etmeyi ve sorgulamayı, açık uçlu sorular sormayı, hızlı yargılardan kaçınarak, olayları ve insan davranışlarının anlamı üzerinde düşünmeyi ilke edinen kişiler empati yeteneğini de geliştirmiş olacaklardır.

Okuma, empati kurma yeteneği kazandıran edimlerden biridir.³² Okumadan kasıt sadece mesleki yayınları değil, edebi, felsefi ve kültürel diğer metinleri okumaktır. Özellikle nitelikli edebi yapıtlar, sinema filmleri ve

27 SMITH, 2017, s. 20.

28 Kris Mc DANIE/Edit STEIN: "Empati Sorunu Üzerine", *Felsefenin İhmal Edilmiş On Klasiği* içinde Türkçe Söyleyenler: İlke Aksu-Onur İşci, Heretik Yayıncılık, Ankara 2019, s. 212 vd.

29 Ece Tathan BEKAROĞLU, "Empati İle Acının Kaynaklarının Düellosu", *Psikeart*, Empati Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 2018, Sayı: 58, s. 59.

30 ÜNAL, 1972, s. 84.

31 TUTAREL-KIŞLAK, 2007, s. 425.

32 Ertuğrul YAMAN, *Ortak Yaşam Sanatı Uzlaşma Kültürü*, Eysem, Ankara 2018, s. 103.

tiyatro oyunları bize insan dünyasının karmaşık yapısı hakkında daha ince kavrayışlar, yeni duyarlılıklar kazandırmaması bakımından önemlidir.

V. Empati Kavramının Hukukta Uygulanabilirliği (Yargısal Empati)

1. Öğreti

a) Olumsuz Yaklaşımlar

Yargı dünyasında, yargıçların yargılamada duygularını kullanmaları, bunu kararın gerekçesinde belirtmeleri, genel olarak, kabul edilmemektedir. Zira böyle bir tutumun yargıcın tarafsızlığına engel olacağı, dolayısıyla adaletsiz kararlara yol açacağı düşünülmüştür.

Yasemin Işıktaç, yargıcın, karar sürecinde, davada muhatap olduğu insanları *anlamaya gayret etmesi* gerektiğini ileri sürer.³³ Ancak yazar, empati konusunda şu görüşleri dile getirir:

“Yargıç sanıktan, kamuoyundan, toplumsal çevreden, siyasi karar ve konulardan olabildiğince az etkileneceği bir süreçte hüküm verebilmelidir. Bunun sağlandığı makul karar süreci, içgüdüsel, çelişmeci, öznel, coşkulu ve kişisel nitelikte olmamalıdır. **Karar vermede empati kurma süreci yargıda kullanılmaz. Yani içe bakış yöntemi, kendini**

sanığın, yakınlarının ve tanığın yerine koyması doğru değildir.”³⁴

Faruk Erem, yargıcın kendisini sanık durumunda farz etmesi ve aynı olayda kendisinin nasıl hareket edeceğini düşünmesinin tavsiye edildiğini, fakat yargıcın kendisini ister sanık, ister mağdur yerine koymuş olsun varacağı neticenin hiçbir zaman objektif olamayacağını; zira her iki halde de yargıcın muhayyile ile ilgili bir ameliyeye başvurmuş olacağını, çoğunlukla ifrata kaçacağını ve psikolojide hatalı bir usul sayılan içe bakış metodunu kullanmış olacağını ileri sürmüştür.³⁵

Brenner Fissell'a göre:

“Halk, politikacılar ve hâkimler, yargı empatisine muhalefette aynı hizadalar. Bu “anti-empatik dönüş”, derin entelektüel kökenlere sahiptir ve bu köklerin kazılması değerli bir iştir. Bu klasik hukuk ortodoksidir. Hem klasik hukuk ortodoksisini hem de modern adli empati eleştirmenleri, yargılamanın nihai işlevini “hukukun üstünlüğünün” korunması olarak görürler ve buna göre “hukukun” ve “politikanın” keskin bir şekilde ayrılmasını ve hukuk kaynaklarının yalnızca akıl ve mantık kullanılarak uygulanmasını; duygusallığa (empatiye) yer verilmemesini talep ederler.”³⁶

Sándor Marai, *Buda'da Bir Boşanma* adlı romanında bir adli olay bağla-

33 Yasemin IŞIKTAÇ, *Adalet Psikolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 316.

34 IŞIKTAÇ, 2016, s. 314.

35 Faruk EREM, *Adalet Psikolojisi*, Sevinç Matbaası, 8. Bası, Ankara 1987, s. 326.

36 Brenner FISELL, "Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History", *Michigan State Law Review*, Vol. 817, 2016, s. 850.

mında empati konusunda yargıcın yaklaşımını şöyle anlatır:

Romanın başkışisi olan Yargıç Kövimes'i bir gece yarısı evine döndüğünde, kendisini sürpriz bir konuk beklemektedir: arkadaşı, Dr. Grenier. Boşanma davası açtığı eşini öldüren Grenier, olayın maddi ve psikolojik sebeplerini yargıç arkadaşına anlatmak ister; aslında anlatmak istediği biraz da varoluşsal bir duruma ilişkindir. Amacı, eski arkadaşlık hatırından yararlanmak değildir; istediği Yargıcın kendisini empatiyle dinlemesidir.

“Gün ışıyınca göreve başlayacak olan yargıç beni anlayamaz. Elbette bir şekilde o da karar verir, bu görevi. Ama benim bu gece ihtiyacım olan yargıç o değil. Bana lazım olan yargıcın kürsüden inmesi lazım. Kendisinin de davanın bir parçası olabilmesi gerekiyor. Yukarıdan bakarak değil, yasaların prizmasından geçerek değil, bu davaya başka türlü yaklaşmalı. Yani senin anlayacağın, benim yargıcım aynı zamanda zanlı da olmalı ya da benim yargıcın biraz savcı, biraz avukat da olmalı. Yani tam anlamıyla tarafsız bir yargıç! Beni anlıyor musun?”

Yargıç Kövimes, çocukluk arkadaşı Dr. Grenier'i dinledikten sonra onu şöyle yanıtlar.

*“İki türlü yargıç olmaz! Gece yarısının da yargıcı tektir, ki ona da vicdan derler...Karar diyorsun, karara ihtiyacın var, öyle anlıyorum. Dostum, karar büyük ve kutsal bir iştir. **Ben duygusal anlarda verilen duygusal ifadeler sonucunda bir karara varamam.** Karar tüm bunların üzerinde olan bir şeydir. Bizler, yani yargıç ve zanlı sadece kutsal kararın doğmasında birer aracız, dostum. Karar veren yer yüksek bir mercedir...Yargıçtan bir şey bekleme. Bu saatte o da sana yardım edemez. Ama eğer, bir dostunun yardımına ihtiyacın varsa, merak etme, bundan kaçmam, sana yardım ederim. Kedini topla, ah-bap! Ne olmuş olursa olsun, insan olarak kalmalıyız...Yargıç sana yardım edemez. Ama acından pay üstlenirim, nasihatlerde bulunurum. Sonuçta hepimiz insanız. Ama insan olmamız hiçbir şeyin özrü olamaz.”³⁷*

Görüldüğü gibi Yargıç Kövimes, yargıç sıfatıyla cinayet işlemiş olan arkadaşına empatiyle yaklaşma gibi bir tutumu benimsemez. Empatik yaklaşımı ancak bir arkadaş olarak benimser.

b) Olumlu Yaklaşımlar

Ancak son yıllarda hukuk literatüründe bu görüşe katılmayan hukukçu ve yazarların fikirleri dikkat çekmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, bi-

³⁷ Vurgular bana aittir, M.A.T.

lişsel sürecin sonucu olan duyguların yargılara yansması engellenemez, zira her insan gibi yargıç da duygusal tepkiler verir; bu durumda tartışılması gereken duyguların reddi değil, duygulara yargılamada ne kadar önem verilmesi gerektiğidir.³⁸ *Martha Nussbaum*'a göre, duyguları, sorunları çözen bir araç olarak değil, sorunların varlığına dikkatimizi çeken bir araç olarak algılamak gerekir. Bu bağlamda öncelikle yargılamaya katılanların duyguları tahayyül edilmeli, empati kurmak suretiyle onların duygu durumları kavranmalıdır. *Nussbaum*'a göre empati, başkasının deneyiminin yaratıcı yeniden inşasıdır. Burada deneyimin içeriği (iyi mi kötü mü; acı verici mi mutluluk verici mi? vs..) düşünülmez.³⁹ Deneyim bir olgu olarak kavranır.

Kısacası *Nussbaum*'a göre duygular kararın gerekçesini oluşturmazlar;⁴⁰ karara varmadan önce, tarafları ve olayların oluşunu doğru şekilde anlamak bakımından yargıca yardımcı olurlar.

Literatürde yargıcın empati kullanımına olumlu yaklaşan diğer yazarlara baktığımızda ise şu yazarlara ve

görüşlere rastlamaktayız. Bunlardan *Anne Colby*'e göre:

“Empati sahibi yargıçlar yargı kolunun bir parçası olarak rollerini aşmazlar ve yasa dışı faktörleri yanlış bir şekilde dikkate almazlar. Gerçekleri tespit etmek, anlamlandırmak ve yasaları uygulamak için **basitçe empati** kullanırlar. Yargıçlar, yasaların oluşturduğu hassas dengeyi değiştirerek baş parmaklarını adalet terazisinin bir tarafına yerleştirmezler; terazinin her iki tarafına yerleştirilecek uygun ağırlığı belirlemek için **sadece empati aracını kullanırlar**. Yargı empatisini destekleyenler, tıpkı herkes gibi hukukun üstünlüğüne bağlıdır. Görüşün taraftarları, kanunları takip eden yargıçları istemektedirler. Ancak, yasanın yeterince belirsiz ya da açık uçlu olduğu da dikkate alınmalıdır. Bu anlamda, **empati, tarafsızlığa engel değildir; aksine tarafsızlığın bir gereğidir.**”

Mary Anne Franks de empatinin doğru karar oluşturulmasına katkısından şöyle söz eder:

“**Empatinin temel erdemi, bize doğru, nesnel veya tarafsız olduğumuzu varsaymamamızı söylemesidir.** Bir karar vericinin doğru sonucu elde etme-

38 Aydın Furkan KAYNAK, “Martha C. Nussbaum’un Duygu Teorisinden Hareketle Yargılamada Empati ve Sempatı Kavramlarının Rolü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 165-181.

39 KAYNAK, 2021, s. 175.

40 André Gide’in *Kadınlar Okulu* adlı romanında, roman başkişisi –anlatıcı ben- kocası Robert’a kendisiyle evlenmesinin nedenlerini söylemesini ister; Robert’ın, duyguların rasyonel bir neden anlayışına temel alınmayacağına ilişkin şu cevabı dikkat çekicidir: “*Duyguların söz konusu olduğu yerde, nedenlerden nasıl söz edebilirsiniz?*” André GİDE, *Kalpazanlar*; Çev.: Tahsin Yücel, Can Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 76.

sine yardımcı olabilecek bir alçakgönüllülük penceresi açar. Empatinin kendisi herhangi bir sonucu dikte etmez. Varsayımlarımızı ve önyargılarımızı olgulara ve kanıtlara maruz bırakmamız konusunda ısrar eder. Tabii ki **empatinin sınırları vardır**. Hakimlerin, katillerle, tecavüzcülerle ve çocuk tacizcilerine empati kurmak da dahil olmak üzere, belirli bir davada her tarafla empati kurma girişimi garip olurdu.”⁴¹

Yargıcın empatik tutumuna olumlu bakan yazarlardan biri de *Thomas Morawetz*'dir. Empatik bir kararın empatik olmayan bir karardan her zaman daha iyi olduğunu ileri süren yazara göre, hayal gücümüz sayesinde ötekinin yaşantısını, ötekiyle benzer ve farklı yönlerimizi kavramak mümkün iken, bu imkânı kullanmamak, kendimizi duygusuzluğa ve ahlaki yetersizliğe mahkum etmek demektir.⁴²

“Empati hâkime, önüne gelen hukuki problemin taraflarca nasıl anlaşıldığını görmesinde ve yeni bir bakış açısı edinmesinde yardımcı olur. Yaratıcı bir deneyim olarak empati, yargılamanın taraflarının perspektifinden olaya yaklaşmayı sağlayarak hâkimin “**anlayış evrenini**”⁴³ genişletecektir. Genişleyen anlayış evreniyle hâkim, yargılama sırasında alterna-

tif bir bakış açısı kazanacaktır. Duyguların etkisiyle olumsuz ilerleyebilecek bir yargılamanın, örneğin bir ceza yargılamaında öfkeyle sanığa yönelmenin tehlikelerini ancak alternatif bakış açılarıyla aşabiliriz.”⁴⁴

Gülriiz Uygur 'un görüşleri de olumlu yöndedir:

“Hâkim, bütün ön yargılara karşı dikkatli olmalıdır. Bununla ilgili olarak, doğru sonuca ulaşmak için, kendi siyasi görüşlerine yakın olanlara karşı empati ve sempati göstermemelidir. Hâkim karşılaştırma yapabilmek için empatiye ihtiyaç duyar. Ayrıca birinin durumuna empati göstermek ve sempati göstermemek mümkündür. Yargısal karar almada empati, taraflar için neyin önemli olduğunu anlamayı sağlar. Hâkimlerin kendilerini başkalarının yerine koyma kapasitesi olmalıdır.”⁴⁵

Bu bağlamda *Uygur*, *ilgilenen hâkim* kavramından söz eder. İlgilenen hâkim yargısal sürecin bir seyircisi değil, bir katılanıdır; dolayısıyla aldığı kararın etik özelliği vardır. “*İlgilenen hâkim, önündeki adaletsizliği görüp, bu durumda ne yapması gerektiğini bulan hâkimdir.*”⁴⁶ Adaletsizlik olgusunu görmek de, empati göstermeyi gerekli kılmaktadır.

41 M.A.FRANKS, “Lies, Damned Lies, and Judicial Empathy”, *Washburn Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2011, s. 69.

42 KAYNAK, 2021, s. 176.

43 Vurgulama bana aittir, M.A.T.

44 KAYNAK, 2021, 177.

45 Gülriiz UYGUR, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013, s.164.

46 UYGUR, 2013, s. 210-211.

Uygur öğretide *Alexander Nikolaevich Shytov*'ın görüşlerine de değinmektedir. *Shytov*'a göre, empati duymak, tamamıyla başkasının perspektifini almaktır, ancak hukukta başkalarının perspektifini tamamıyla almak zordur, bu nedenle, başkalarının deneyimlerini anlamaya çalışmak olan sempati, karar almada tarafsızlığa engel olmayan bir durumdur.

Furkan Kararmaz, “*Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*” başlıklı doktora tezinde, uyuşmazlığın çözümünde birçok aşamadan geçildiğini, ilk aşamada yargıcın olayı genel hatlarıyla kavramaya çalıştığını, ikinci aşamada ise pragmatik bir yöntem olarak, taraflarla empati kurarak, kendi sınırlı bakış açısını aşmayı başararak olayı daha yetkin bir şekilde kavrama şansını elde edeceğini şöyle ifade etmektedir:

“Pragmatik yargılamanın ikinci aşamasında uyuşmazlığa konu olan olay, farklı tarafların bakış açılarına göre **yeniden inşa** edilir. **Bu aşamada yargıç, kendisini tarafların yerine koyarak, söz konusu olayın gerçekleşme biçimini her bir tarafın gözünden görmeye çalışır (empati)**. Böylece yargıç, olaya ilişkin farklı algılar ve tarafların muhtemel saikları hakkında da bir kavrayışa sahip olmaktadır.”⁴⁷

Yargıcın karar verirken bir görme biçim olarak empati kurması gerektiğini ileri süren yazarlardan biri de Yargıç *Hilmi Şeker*'dir:

“Empati ve sempati yeteneğini yitirme riski: Yargıcın göreliliğini sağlama onu münzevi bir yaşama mahkûm etmekle sağlanamaz. Yargıcın yansızlığı ile bağımsızlığını sağlamak, toplumla ilişkilerini sağlıklı bir değer üzerine inşa etmekle mümkündür. Etik ilişki değerlerinin mecburi istikameti, sokakla yargıç arasındaki münasebeti doğru bir temel üzerine konuşturur. Unutmamak gerekir, yargıç etrafındakilerden topladıkları ile değer üretir ve esasında yargıcı var eden etik bu sermayedir. Yargıcın hukuktan adalet devşirmesi, hükümle bir hakikat inşası için görme biçimini gözden geçirmesi ya da yenilemesi gerekir. Görmek, müşahade etmek çağın çağırısıdır ve bir perspektife sahip olmayı gerektirir. Empati ve sempati, bir görme biçimidir. Duygudaşlık yansızlıkla çelişmez. Hükümün ve yargılamanın yegâne umarı somut olay adaletiyle buluşmak onu adaletle tahvil etmektir. Yargıcın görmeyi öğrenmeden, yansızlık ile bağımsızlığını neyin tehdit ettiğini algılayamaz. Hayata katılma görmeyi öğretir, görmek yargılamanın koşuludur. Estetik bir yargılama görmekle, görmeyi öğrenmekle mümkündür.”⁴⁸

Mustafa Tören Yücel doğrudan empati kavramına değinmemekle birlik-

47 Furkan KARARMAZ, *Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Antalya 2017, s. 131-132.

48 Hilmi ŞEKER, “Yargıçların Düşünce Özgürlüğünün Görünüm Biçimleri”, <https://hukukbook.com/yargiclarin-dusunce-ozgurlugunun-gorunum-bicimleri/>, Erişim Tarihi: 28.03.2022.

te, adalet dağıtma işinde duygulardan büsbütün arınmanın mümkün olmadığına işaret ederek şu düşünceleri ileri sürmektedir:

“Adalet dağıtımında **yapılamayacak**⁴⁹ olan nesne, duygulardan arınmaktadır. Yapılabileceğin en iyisi, hâkimin duygularına daha duyarlı, daha fazla dengeli olması ve onları daha iyi irdelemesi ve ayrıntılı dile getirebilmesini umut etmektedir.”⁵⁰

2. Uygulama (Hâkimlik Eğitimi-Stajı)

Türkiye Adalet Akademisi bünyesinde kurulan Kişisel Gelişim Merkezi'ne bağlı Kişisel Gelişim Bürosu'nun görevleri arasında 2 nci maddede belirtilen şu hususlar bulunmaktadır:⁵¹

“Hâkim ve savcılar ile adayların kamu çalışanları, vatandaşlar ve yargının diğer sülheleri ile etkili iletişim ve **empati kurma**, beden dili, öfke kontrolü, yöneticilik ve liderlik, zaman yönetimi vb. kişisel gelişim alanlarında bilgi, beceri ve yetkinliklerini artırmaya yönelik eğitim programlarını planlamak ve yürütmek.”

Bir haber sitesinde hâkim ve savcılara yönelik empati kursları ile ilgili haberde⁵² şu bilgilere yer verilmektedir:

“Adalet Bakanlığı'nın, ‘rol yapma’ ve ‘drama’ eğitimi verdiği hakimlerin kürsü ve duruşma heyecanını yenmeleri için, ‘sanal duruşmalar’ düzenlediği ortaya çıktı.

Adalet Akademisi'nin çalışmaları kapsamında mahkeme salonları kuran Adalet Bakanlığı, hâkimleri, katil, hırsız gibi sanık, davacı, savcı avukat rollerine sokarak özellikle mesleğe yeni başlayan hakimlerin tecrübe kazanmasını amaçlıyor. Gerçek dosyalar üzerinden kurgulanan sanal yargılamalar için bakanlık yetkilileri, ‘canlı tiyatro’ nitelendirmesinde bulunuyor. Yetkililer, “Sanık gibi giyiniyor, suçunu sanık gibi savunuyoruz. Tiyatrodan farkımız yok” diyor. İleri yaşta olan bazı hakim ve savcılar da bu eğitimden geçiriliyor.”

Haberde, iyi hâkim/kötü hâkim ayırımı ile ilgili şu ifadeler yer veriliyor:

“Profesyonel sinema ve tiyatrocuların rol aldığı kısa filmler çeken bakanlık, ‘iyi hakim/savcı’ ve ‘kötü hakim/savcı’ modellerine ilişkin farkındalık yaratmaya çalışıyor. **‘İyi hakim, kötü hakim kim?’ sorusuna ise yetkililer, “İyi hâkim toplumun beklentilerini karşılayan bir hâkimdir. Kötü hakim toplumla barışık olmayan, topluma rağmen kendisini topluma göre yenileyemeyen**

49 Vurgulamalar bana aittir, M.A.T.

50 Mustafa Tören YÜCEL, *Adalet Psikolojisi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2014, s. 250.

51 <https://www.taa.gov.tr/sayfa/kisisel-gelisim>, Erişim Tarihi: 04.10.2019.

52 <https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/hkim-ve-savcilara-empati-egitimi-h120250.htm>, erişim tarihi: 04.10.2019.

hakimdir. Toplumun dışında kalan hâkimdir” karşılığını veriyor.⁵³

Aynı haberde, isim zikretmeksizin Bakanlık yetkililerinin şu beyanlarına yer verilmektedir:

“**Empati önemli.** Kürsü sürekli yukarıda. Vatandaş yargılarken sürekli yukarıdan bakıyorsun, tepeden bakıyorsun, zamanla hâkimlerimizi olduğundan daha güçlüymüş gibi bir duyguya itiyor. **Zaman içinde kürsüdeki yukarıdan bakmaya yol açan ortam hâkim ve savcılarımızı toplumdan koparıyor.** Bunu kontrol etmek adına diyoruz ki, ‘Gelen taraflar yaşlı ise anne babanızın yerine koyun, gençse kardeşinizin yerine koyun. Onlar sizden nasıl tavır ve davranış bekliyorlarsa siz de ona göre davranın’. Tavırlarını daha da güzelleştirsin insani vasıflarını genişletsin. Yargıdaki güveni ve memnuniyeti artırmak amaç.”

Aynı haber çerçevesinde yapılan yorumda, Adalet Bakanlığının söz konusu düzenlemesi ile, sadece hukukla yetinmeyip şiir ve sanatla ilgilenen, halkla haşır neşir olan Osmanlı kadı modeline benzer sisteme geçtiği ifade edilmektedir:

"Osmanlı İmparatorluğu döneminde halk arasındaki anlaşmazlıkları ve davaları çözen kadınların eğitim sistemi de çok yönlüydü. **Yazdıkları şiirler ve ilgilendikleri sanat dallarıyla Osmanlı tarihinde ayrı bir yeri olan kadınlar, yargı-**

lama kadar sanatsal taraflarını da öne çıkararak halkla haşır neşir oluyorlardı. Adalet Bakanlığı'nın Osmanlı dönemindeki kadı modeline yakın bir eğitim sistemine geçmesi dikkat çekti.”

Ramazan Ertürk yabancı ülkelerdeki hukuk eğitimi bağlamında kaleme aldığı bir araştırma makalesinde empati kavramına nasıl yer verildiğini şöyle belirtiyor:

“Birleşik eğitim sistemini benimseyen Almanya’da tüm meslek stajları bu tek staj eğitiminde tamamlanmaktadır. Avukat, hâkim ya da savcı olmak isteyen her meslek grubu için tek staj olduğundan farklı meslekler icra edecek olsalar da iletişim ve empati kurma becerileri kazanmış olmaları sağlanmaktadır. Böylelikle avukat, hâkimin nasıl karar vereceğini bilerek hareket edecek, hâkimin de avukatın taleplerini anlaması daha da kolaylaşacaktır.”⁵⁴

3. Anayasa ve Yasal Sınırlar

a) Anayasa

1982 Anayasasının 138 inci maddesi hükmü yargıcın karar verirken hangi sınırlar içerisinde hareket etmesi gerektiğini şöyle düzenlemektedir:

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

53 Vurgulamalar bana aittir, M.A.T.

54 Ramazan ARITÜRK, “Hukuk Eğitimi Yeniden Tasarlamak: Bir Hukuk Eğitim Reformu Önerisi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2020, Sayı: 9, s. 4.

Buna göre yargıç, Anayasaya, yasa ve hukuka uygun şekilde karar vermek zorundadır. Bu normatif sınırlar içerisinde olmak kaydıyla yargıç, sonuç olarak vicdani kanaatine başvurabilecektir. Başka bir deyişle yargıç, vicdani kanaatine eksen alarak pozitif hukuk normlarını göz ardı edemeyecektir. Anılan Anayasal hüküm, Anayasa, yasa ve hukuku karar verme ediminin nesnel sınırları olarak belirlerken, öznel bir yapı olarak vicdani kanaat olgusunu kabul etmiştir. Pozitif hukuk normlarının uygulanmasında empati duygusunun bir rol oynamacağı kuşkusuzdur. 138 inci maddenin temelini oluşturan 1961 Anayasasının 132 nci maddesinin gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir:

“Hâkim hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır ve delillerin takdirinde ve bunların sonunda hükme varışında vicdani kanaatine göre hareket edecektir.”⁵⁵

Ancak empatinin mevcudiyeti, vicdani kanaatin oluşumunda, diğer unsurların yanı sıra - bir ölçüde- söz konusu edilebilir kanısındaız.

b) Yasal Sınırlar

4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Hukukun Uygulanması ve Kaynakları başlığını taşıyan 1'inci maddesi hükmü şöyledir:

“Kanun, sözüyle ve özüyle değındığı bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere yargıcın hukuku uygulamasında, başka bir deyişle hukuki karar oluşturmasında yasa basamaklı bir norm silsilesi öngörmüştür. Buna göre somut bir hukuki uyuşmazlıkta önce yasa hükmü, yasa hükmünün bulunmaması hâlinde örf ve âdet kuralı uygulanacak, bunun da bulunmaması hâlinde yargıç adeta bir yasa koyucu gibi davranarak hüküm oluşturacaktır. Belirtilen düzenlemeye göre, hukukun uygulanmasında asıl olan, yargıcın pozitif normlara ve nesnel ölçütlere göre hareket etmesi gerektiridir.

3. Bazı Kavramların Empati Kavramı İle İlişkisi

I. Takdir Yetkisi

A.Genel Olarak

Takdir yetkisi, yasa koyucunun bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçî (intralegem) boşluklardır. Bu boşluğu yargıç, somut olayın özelliklerini, normun amacını, hukukun düzeninin temel

55 Kâzım ÖZTÜRK, *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C. III, Ankara 1966, s. 3478.

prensiplerini, toplumdaki ahlaki dü-
şünceleri, sosyal adalet gibi hususları
göz önünde tutarak doldurmak duru-
mundadır, ki bu yetkisine takdir yetkisi
denilmektedir.⁵⁶

Yargıca takdir yetkisi tanıyan temel
kural, 4721 Sayılı Türk Medenî Ka-
nunu'nun 4 üncü maddesinde yapılan
düzenlemedir. Hüküm şöyledir:

“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya
durumun gereklerini ya da haklı sebep-
leri göz önünde tutmayı emrettiği konu-
larda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre
karar verir.”

Görüldüğü üzere yargıcın takdir
yetkisini kullarken dayanabileceği iki
ölçüt norm vardır: a) hukuk, b) hakka-
niyet ilkesi.

Hakkaniyet ilkesinin gözetilmesi,
hukuk kurallarının genel ve soyut ol-
masından kaynaklanan bir ihtiyaçtır.
Bu bağlamda, somut olayın özellik-
lerinin gözetilerek ve tarafların çıkar

durumlarının tartılarak karar verilme-
si, hakkaniyet ilkesinin davaya uygu-
lanması anlamına gelir. Vurgulamak
gerekir ki hakkaniyet ilkesi, hâkimin
sempati veya antipatisine, acıma veya
merhamet duygularına göre (keyfi şe-
kilde) karar vermesi demek değildir.⁵⁷

II. Manevi Tazminat Davalarında Takdir Yetkisi

Takdir yetkisinin en çok uygulandı-
ğı davaların başında manevi tazminat
davaları gelmektedir.⁵⁸ Yüksek Mah-
keme, manevi tazminat kurumunun te-
mel amacının, olay nedeniyle mağdu-
run duyduğu acı ve elemin, ızdırabın
kısmen de olsa giderilmesi olduğunu
içtihat etmiştir. Bu bağlamda yargıç,
manevi tazminatı takdir ederken, mağ-
durun duyduğu -ve özellikle bedensel
zararlarda-ileride duyacağı elem ve
acıyı, ızdırabı gözetmek durumunda-
dır. Burada empati duygusu devreye
girmektedir.⁵⁹

56 Seyfullah EDİS, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hu-
kuk Fakültesi Dergisi*, 1972, Cilt: 30, Sayı: 1, s. 172.

57 Davut BÜLBÜL, *Hakimin Takdir Yetkisi*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanma-
mış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009, s. 57.

58 Bkz. TMK m. 25; TBK m. 56, 58.

59 Nitekim iş kazasında sakat kalan işçinin açtığı manevi tazminat davasında ilk derece mahkemesi hâkimi
manevi tazminat miktarını takdir ederken, diğer unsurların yanı sıra açıkça **empati kurulduğundan** söz
etmiştir:

“03/08/2008 günü öğlen yemeği sıralarında davalı işverenin müteahhit olarak yol asfaltlama işini üstlen-
miş olduğu Maltepe Cevizli Mahallesiindeki asfalt serim işinde davalı işverene hizmet akdiyle bağlı çalışan
SŞ, işveren tarafından araba ile gönderilen öğlen yemeğini yemek için, çalışan işçiler tarafından kendile-
rine uygun bir yer seçerek öğlen yemeğini yemek için seçtikleri yol seviyesindeki düz ve takiben 4 m²'lik
yer üzerinde 12-13 kişiden ibaret olan işçiler her bir arada yemek yemekte oldukları sırada buldukları
yerin kömürlük olması nedeniyle üzerinde bulunan ağırlığa dayanamayıp çökmesi sonucu, işçilerin hepsi
1,5 metre yükseklikten beton enkazı ile birlikte düştükleri sırada, kazalı işçi SŞ'nin **ayağı beton blok al-
tında kalarak kırılması** biçiminde meydana gelen olayın 506 sayılı yasanın 11. Maddesine göre iş kazası
olduğu, iş kazasının meydana gelmesinde davalı işverenin **%80**, davacı işçinin **%20** oranında kusurlu

Seçtiğimiz emsal içtihatlardan bazıları şöyledir:⁶⁰

“Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeni ile manevi tazminat istemine ilişkindir. Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan **acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı** ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli ve tarafların kusur durumu da göz önünde tutularak, 6098 Sayılı TBK’nın 56. maddesindeki (818 Sayılı BK’nın 47. maddesi) özel haller dikkate alınarak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, TMK’nın 4. maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.” (**Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 10.4.2019, E. 2016/10152, K. 2019/4464**)

"Manevi tazminat isteminin temelinde, davalıların haksız eylemi yatmaktadır. Bilindiği üzere, haksız eylemin unsurları; zarar, fiil ile zarar arasında illiyet bağı ve fiilin hukuka aykırı olmasından ibarettir.

Öte yandan, mülga 818 Sayılı BK’nın 47’nci (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 56.) maddesinde düzenlenen manevi tazminatta kusurun gerekmediği, ancak takdirde etkili olabileceği, 22.6.1966 tarih ve 1966/7 Esas 1966/7 Karar sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında açıkça vurgulanmıştır. Bu kararın gerekçesinde, taktir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar, her olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken, ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Yine BK 47’inci (TBK m.56) maddesi hükmüne göre; hâkimin özel halleri göz önünde tutarak, manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği

olmaları karşısında, davacının davalı aleyhine açmış olduğu maddi tazminat istemli davasının ispatlanması sebebiyle 09.03.2012 tarihli bilirkişi raporunun 1. seçeneğindeki hesap miktarı baz alınarak kısmen kabulüne, bu itibarla, 2.148,56.-TL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davacının fazlaya ilişkin talebinin reddine, davacının davalılar aleyhine açmış olduğu manevi tazminat istemli davasının ise, mahkememizce 12/09/2013 tarih, 2013/232 Esas ve 2013/613 sayılı kararda manevi tazminatla ilgili verilen hükümde aynen direnilerek ve ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, işçinin yaşı, olay tarihi, **iş kazası neticesinde davacının operasyona maruz kalması**, her ne kadar maluliyeti % 0 olsa dahi, iş kazasına bağlı olarak **3-4 ay süre ile olay nedeniyle iş ve güçten kaldığı, bir müddet evde yatmak zorunda kaldığı** ve çalışmadığı gibi durumlar göz önüne alındığında, bunun yanında olayın işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek, ve **empati de kurularak** TBK’nın. 56.maddesi ile Yargıtayın 22.06.1966 gün 7/7 Sayılı Tevhidi İçtihat Kararındaki esaslar dikkate alınarak kabulüne, bu itibarla 15.000,00.-TL. olarak takdir edilen manevi tazminat davalılardan müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine karar vermek gerekmiştir.” (**İstanbul 1. İş Mahkemesi’nin 19/03/2015 tarih ve E. 2014/885, K.2015/82 sayılı (direnme) kararı**). Belirtilim ki bu karar (direnme), **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.02.2018 tarih ve E.2017/21-1592,K.2018/127 sayılı kararı** ile onanmıştır.

60 Vurgular tarafıma aittir, M.A.T.

tutar adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı, aslında ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması amaç edinmediği gibi, kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmayı, aynı zamanda **ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden**, tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O hâlde bu tazminatın sınırı, onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut hâlde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Manevi tazminat, duyulan **elem ve ızdırabın kısmen ve imkân nisbetinde iadesini amaçladığından** hâkim, MK'nın 4'üncü maddesi gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, manevi tazminat miktarını tespit etmelidir.

Hâkim belirlemeyi yaparken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, **beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözetmelidir.**” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 7.3.2019, E. 2015/21-2228, K. 2019/256)⁶¹

III. Dava, Kanun yolu ve Talep Dilekçelerinde Takdir Yetkisi

Bir manevi tazminat davasında davacı vekili, trafik kazasında yaralanan müvekkili davacı için manevi tazminat talebinde bulunurken, empati kavramına, şu ifadelerle dayanmıştır:

“(…) anlatmaya kelimelerin yetmeyeceği **sadece empati kurmak suretiyle az da olsa manen hissedebileceğimiz** müvekkilinin çektiği fiziki ve manevi acıların bir nebze olsun dindirilebilmesi için 25.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizleriyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini arz ve talep ederiz.”⁶²

Diğer bir manevi tazminat talebi örneği:

“(…) tarafların sosyo-ekonomik durumlarına uygun ve müvekkilinin manevi acısı gözetilerek **empati duygusuyla belirlenmiş manevi tazminat taleplerinin** kabulünü talep ederiz.”⁶³

Velayet hakkının kullanılmasına ilk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesini içeren bir istinaf başvuru dilekçesinde, kararın doğuracağı sonuçlar hakkında empati yapılması gerektiği şöyle ifade edilmiştir:

“İSTİNAF SEBEPLERİ: Davalı istinaf dilekçesinde; ilk derece mahkemesi-

61 Aynı yönde: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2003 tarihli ve 2033/21-368-355 sayılı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 tarihli ve 2004/13-291-370 ve 19.06.2013 tarihli ve 2013/21-20-868 sayılı kararları.

62 Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi,29.06.2022,E.2022/1299,K.2022/1106.

63 Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi, 07.02.2022, E.2021/238,K.2022/241.

nin kararının Türk gelenek ve göreneklerine, hukuka aykırı olduğunu, velayet hakkına dayalı olarak böyle bir karar verilemeyeceğini, velayet hakkının her an değişebilecek bir statüde olduğunu, verilen **kararın sonuçlarının empati yapılarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu** bildirerek, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilmesi talebiyle istinaf kanun yoluna başvurmuştur.⁶⁴

Benzer bir istinaf dilekçesi:

“Davacılar vekili, davalı sürücünün alkollü ve asli kusuru neticesinde destek murisinin ölümleri nedeniyle müvekkililerinin ciddi şekilde psikolojik çöküntüye uğradıklarını, manevi olarak onarılması mümkün olmayan yara aldıklarını, davalı sürücünün ekonomik durumunun dikkate alınmadığını, **müvekkilleri bakımından empati de kurularak** hukuka ve vicdana uygun manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini, hukuk ve vicdanla bağdaşmayacak nitelikte düşük manevi tazminat miktarlarına hükmedilmesinin hukuka aykırıdır.”⁶⁵

IV. Bazı Tazminat Kararlarında Empati Kavramına Atıf

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.02.2018 tarih ve E. 2017/21-1592 ve K. 2018/127 sayılı kararında geçen olaylarda da iş kazası sebebi ile uğranılan manevi zarara karşılık yerel sayılı kararında mahkemenin hükmettiği manevi tazminat miktarının

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi’nce bozulması üzerine yerel mahkeme ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, işçinin yaşı, olay tarihi, iş kazası neticesinde davacının operasyona maruz kalması, her ne kadar maluliyeti %0 olsa dahi iş kazasına bağlı olarak 3-4 ay süre ile olay nedeniyle iş ve güçten kaldığı, bir müddet evde yattığı ve çalışmadığı gibi durumların göz önüne alındığı, olayın işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı ve **empati de kurulduğu** gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Bir **Bölge Adliye Mahkemesi kararında**, ilk derece mahkemesince verilen manevi tazminat miktarı az bulunarak, yeniden yüksek miktardan manevi tazminat takdir edilmiş, **gerekçede empati kurmaktan söz edilmiştir**⁶⁶, kararın ilgili paragrafı şöyledir:

“Davacı vekilinin hükmolunan manevi tazminatın çok düşük kaldığı ve Dairemizce bir karar verilmesi yönündeki istinaf başvurusu, davacının geçirmiş olduğu iş kazası tarihi, kaza tarihindeki yaşı, kaza sonucu oluşan maluliyet durumu ve oranı, davacının yaşadığı çevredeki sosyal ve manevi etkileri, kararın incelendiği tarih itibarıyla davacının halen evlenmemiş olduğu hususları dikkate alındığında davacının çekmiş olduğu acı ve ızdırabın o an geçirdiği kaza ve dö-

64 Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi, 12.03.2021, E. 2020/1498,K.2021/397.

65 İzmir Bölge Adliye Hukuk Mahkemesi, 11.Hukuk Dairesi,22.02.2021,E. 2018/785,K.2021/81.

66 Vurgular tarafıma aittir, M.A.T.

nem ile sınırlı kalmayıp hayatının her döneminde içselleştirerek yaşaması söz konusu olacağından **Mahkemece 70.000 TL olarak belirlenen tazminatın düşük kaldığı değerlendirilerek kararın bu yönden de kaldırılması gerekmiş, tüm bu sebepler muvacehesinde empati yapılarak 120.000 TL manevi tazminatın hakkaniyetli olacağı hususunda dairemizce vicdani kanaate varıldığından** aşağıdaki şekilde hüküm tesis olunmuştur.”⁶⁷

a) Ceza Davasında Takdiri İndirim Yapılması

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Takdiri indirim nedenleri” başlıklı 62. maddesi hükmünde indirim oranları ve indirim sebepleri şöyle düzenlenmiştir:

“1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

Belirtelim ki yasada geçen takdiri indirim sebepleri sınırlayıcı olmayıp, yol gösterici niteliktedir. Başka deyişle

anılan hükümle yargıca serbest takdir yetkisi tanınmıştır; ancak bu yetki elbette keyfi uygulamanın gerekçesi olamaz. Yasal düzenlemeden temel amaç, yargıcın olaya ve eyleme etki eden tüm olgu ve unsurları değerlendirerek hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir hüküm kurmasına, böylece cezanın bireyselleştirilmesine olanak sağlamaktır. Nitekim bu durum Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2015/19-861, K.2019/390 sayılı kararında şöyle açıklanmıştır:

“5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra “gibi” denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin kanunda sayılanlarla sınırlı bulunmadığı, aksine bunların örnek olarak belirtildiği açıkça vurgulanmıştır. Kanunda sayılan; “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” gibi nedenler, uygulamada hâkimi sınırlayıcı değil, yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir. Bunun sonucu olarak 5237 sayılı TCK'nın, tıpkı 765 sayılı Kanun'da olduğu gibi takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil, serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmektedir.

Serbest takdir sisteminin sonucu olarak, sanık yararına takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu

67 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 24.Hukuk Dairesi,17.05.2018,E.2018/1765,K.2018/1335.

belirleme yetkisi yargılamayı yapan hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığı ya da yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumda olan kişidir. Hâkim; “failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri”nin yanında, somut olaya göre değişebilecek ve önceden öngörülemez nedenleri de birlikte değerlendirerek bu hususta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapacaktır.”

Belirtilen takdir yetkisinin kullanılmasında empatinin ne ölçüde etkili olacağı konusunda önceden bir belirleme yapmak mümkün değildir. Ancak her somut olay bağlamında; suçun niteliğine, eylemin işleniş biçimine, eylemin sonuçlarına ve etkilerine (mağdurun durumu) ve sanığın durumuna göre bir değerlendirme yapmak mümkün olabilecektir.

b) Haksız Tahrikin Derecesinin Belirlenmesi

Haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29 uncu maddesi hükmünde şöyle düzenlenmiştir:

“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan

yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir, diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.02.2014 tarih ve E.2013/1-665, K.2014/66 sayılı kararında haksız tahrikin tanımı ve koşulları şöyle ifade edilmiştir:

“Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder ki, bu durumda fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında oluşturduğu karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a) Tahriki oluşturan bir fiil olmalı,
- b) Bu fiil haksız bulunmalı,
- c) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,
- d) Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı,
- f) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.

5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’da yer alan ağır tahrik-hafif tahrik ayırımına son verilmiş ve tahriki oluşturan fiilin, somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından değerlendirilmesi yapıp, sanığın iradesine olan etkisi göz önüne alınarak maddede gösterilen iki

sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılması şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun çeşitli kararlarında tartışmasız olarak benimsendiği üzere, tahrik nedeniyle yapılacak indirimin oranı belirlenirken, haksız tahriki oluşturan hareketin işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel şartlar ve **tahrik eden ile edilenin durumları** göz önüne alınıp değerlendirilmelidir.”

Anılan yasa hükmünün düzenlemesinden ve Yargıtay kararındaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, yargıç haksız tahrikte indirim oranını tespit ederken, bir ölçüde değerlendirme ve takdir yetkisini kullanacaktır. Bu bağlamda yargıç, diğer unsurların yanı sıra, failin öfke veya şiddetli elemin etkisinde kalıp kalmadığını, kalmış ise bunun yoğunluğunu değerlendirmek durumundadır, ki bu bir ölçüde empati duygusunun devreye girmesini gerekli kılmaktadır.

VI. Görüşüm

Bilişsel ve duyuşsal unsurları içeren empati, diğerinin fenomenolojik alanına girmek demektir. Bu, kişinin, karşısındakinin dünyasına girme, onu anlama deneyimidir. Başta TMK m.4'te ve birçok hukuk kuralında hâkimin takdir yetkisine; TCK'da cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında yine hâkimin takdir ve değerlendirme yetkisine yer verilmiş ise de pozitif hukukumuzda yargıcın karar verme aşamasında empati yapmasına dair düzenlemeye, kav-

ram yahut ibareye yer verilmemiştir. Esasında empati psikolojik bir kavram olup, bunun bir insan deneyimi olarak işlevsellik kazanması için yasal düzenlemeye de gerek yoktur.

Nitekim, TV ve yazılı basına yansıyan bir haberde ABD'de 96 yaşındaki bir sanığın kanser olan oğlunu hastaneye muayene için götürürken hız sınırını aştığı suçlamasıyla mahkemede hâkimle aralarında geçen diyalog ve yargılama sonunda verilen karar (davanın düşmesi) yargısal empatiye örnek olarak gösterilebilecek bir olgudur. Duruşma salonunda hâkimin oğlu da seyirci olarak bulunuyordu. Haber şöyle:

“Televizyonların ünlü hakimi Frank Caprio öyle bir davayla karşılaştı ki 96 yaşındaki adamın yaptığı hareket sadece ABD değil tüm dünyanın yüreğini dağladı. Hakim Caprio'nun karşısına 96 yaşındaki Victor Coella çıktı. Yaşlı adam okul bölgesinde hız sınırını aşmakla suçlanıyordu. Tabii Coella iddialara ilk başta inanamadı. Hakim sözlerini yineleyince 96 yaşındaki adam o kadar hızlı araç kullanmadığını belirtti. Zaten 96 yaşında olduğunu bu yüzden yavaş kullandığını söyledi. Ancak 96 yaşındaki Coella bir an oğlunu kan tahliline götürmek için hızlanmış olabileceğini hatırladı. Normalde gerek duymadıkça araç kullanmadığını ama engelli olan oğlu kanser hastası olduğu için sadece onu hastaneye götürmek gibi acil durumlarda araç kullandığını belirtti. “Oğlunu muayenehaneye mi götürüyordun?” Yaşlı baba ise engelli oğlunun kansere

yakalandığını, iki haftada bir gitmesi gerektiğini belirtti.”90’lı yaşlarındasın ve hala oğlunla ilgileniyorsun...”Ardından Coella’ya oğlunun yaşını sordu. Coella, kanser hastası oğlunun 63 yaşında olduğunu söyledi. Ardından hakim kendisinin de bir oğlu olduğunu belirtti ve kameralar hakimın salonun diğer tarafında oturan oğluna döndü. Bu durum karşısında uygulanan hakim “Oğluma kötü örnek oluyorsun, kendimi baskı altında hissediyorum” diye takıldı. Stresten ve yaşadıklarından dolayı uygulanan 96 yaşındaki baba karar öncesi biraz gerildi. Hakim Caprio sanık için iyi dileklerini sundu, oğluna geçmiş olsun dileklerini iletti. Ve davanın düştüğünü söyledi. 96 yaşındaki fedakar baba hakime teşekkür etti ve tüm dünyaya fedakarlığın yaşının olmadığını gösterdi.”⁶⁸

Bizim hukukumuzdan bir uygulama örneği göstermek gerekirse: İş yerinde çalışan işçilerin öğle yemeğini yedikleri kömürlüğün üzerindeki beton blokun 1,5 metre yükseklikten çökmesi üzerine, davacı işçinin **ayağının beton blok altında kalarak kırılması** biçiminde meydana gelen olayın 506 sayılı yasanın 11. maddesine göre iş kazası olduğu, iş kazasının meydana gelmesinde davalı işverenin **%80**, davacı işçinin **%20** oranında kusurlu olduğu belirtilen olaydan ötürü ilk derece mahkemesinde 20.000 TL manevi tazminata hükmedilmiştir. (**İstanbul**

1. İş Mahkemesi’nin 19/03/2015 tarih ve E. 2014/885, K. 2015/82 sayılı (direnme) kararı). İlk derece mahkemesi yargıç, manevi tazminat miktarını takdir ederken, diğer unsurların yanı sıra, empati yaptığını da gerekçeli kararında açıkça belirtmiştir.

Yine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 31.12.1976 tarih ve Esas No: 1976/9370, Karar No: 1976/13138 sayılı kararında yargısal empati kavramını çağrıştıran şu ifadeye yer verilmiştir:

“Hakim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa, 'insan kokusu', taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.”

Arslan Topakkaya, Hukuk Hermeneutiği adlı kitabında hukuk ve edebiyat ilişkisini incelerken, *Nussbaum*’a yollama yaparak “*poetik hâkim*” kavramını dile getirir. Buna göre klasik hâkim, hakkında karar verdiği kişilerin özel hayatını ve dünya görüşünü dikkate almaz iken, poetik hâkim ilgili kişinin hayat şartlarını insani bir drama olarak dikkate alacaktır. Başka bir anlatımla hukukçu (hâkim), bağımsızlığını kaybetmeden, somut karakter ve sosyal durumlar yardımıyla duygusal anlamda derinleşmeyi başarabilecek-

68 “Hız Sınırını Aşmakla Suçlanan Adamin Duygulandıran Savunması”, <https://onedio.com/haber/hiz-sinirini-asmakla-suclanan-96-yasindaki-adamin-tum-dunyayi-duygulandiran-savunmasi-882246>, Erişim Tarihi: 22.08.2019.

tir. Belirtmek gerekir ki poetik unsur karar oluşturmada asli unsur olarak değil, tamamlayıcı unsur olarak dikkate alınmak gerekecektir.⁶⁹ Burada sözü edilen yargıcın poetik ediminin bir bakıma empatik davranışı içerdiği söylenebilir.

Özellikle, manevi tazminat davalarında mağdur yönünden empati yapma yeteneği göstermeyen yargıcın, tazminat miktarını belirlerken, adalet duygusunu tatmin eder bir şekilde karar vermesi hayli güç gözükmektedir. Aynı durum, ceza davalarında yargıcın temel cezayı takdir ederken ve cezanın bireyselleşmesi için yan hükümleri uygularken de geçerlidir.

Yargıca takdir yetkisinin tanınmadığı birçok davadan empati yapma ihtiyacından söz edilemeyecektir. Yine, yargıcın, söz gelimi dolandırıcı, psikopat-seri katil veya tecavüzcü konumundaki bir sanıkla empati yapmama çağı aşikârdır.

Şu hususları belirtmekte yarar görüyorum:

- Empati pozitif hukuk hükümlerinin uygulanmasına kuşkusuz engel değildir.
- Empati, kişiyi önyargıdan⁷⁰ kurtardığı gibi onu daha duyarlı hâle getirir.⁷¹ Dolayısıyla yargıcın bazı davalarda empati yapması, vereceği kararların daha nesnel ve gerçekçi olmasını da sağlar.
- Yine empati, bir mahkeme kararının asli unsuru olmayıp, bazı davalar yönünden **tamamlayıcı** bir işlev gösterir.
- Bundan başka empati, **sempatiye dönüşmedikçe** yargıcın tarafsızlığı için bir tehdit oluşturmaz. Zira ikisi farklı kavramlardır. Şöyle ki, empati başkasıyla ilgili **bilgi edinme süreciyle** ilgili iken, sempati, başkası hakkındaki **kaygılarımızı ve onun durumunu düzeltmeye** yönelik isteğimizi yansıtmaktadır.⁷² Dolayısıyla tarafsızlığa engel olan empati değil, sempatidir.
- Empati, kişinin, karşısındaki insanın duygu ve düşüncelerini içinde bulunduğu durum bağlamında an-

69 Arslan TOPAKKAYA, *Hukuk Hermeneutiği (Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı)*, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s. 125.

70 Bangolar Yargı Etiği İlkeleri (Değer 2, Tarafsızlık, m.2.1.) ile Yargıtay Yargı Etiği İlkelerine (Değer 2, Tarafsızlık, m.2.7.1) göre; hâkimin, davaya ilişkin olarak bir taraf hakkında önyargıya sahip olması tarafsızlığı zedeleyen bir olgu olarak kabul edilmiştir. A. Can TUNCAY, *Yargı Etiği Açısından Tarihte Ünlü Davalar*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 15-71.

71 Mehmet Zeki AYDIN, *Empati*, 2. Basım, Nobel Yayıncılık, Ankara 2014, s. 3.

72 Frans De WALL, *Empati Çağı, Daha Anlayışlı Bir Toplum İçin Doğadan Dersler*, Çev.: Kadir Yılmaz, Akılçelen Kitaplar, İstanbul 2014, s. 142.

lamasını sağlayan bilişsel, duyuşsal bir süreci ifade eder. Ancak bu **karşımızdaki kişinin tüm davranışlarını doğru bulmak ya da onaylamak anlamına gelmez.**⁷³Başka deyişle anlamak başka, haklı bulmak başka şeydir.⁷⁴ Bu hususun yargısal empati bakımından sonucu şudur: Yargıcın, sanık veya mağdur yahut hukuk davasının tarafları ile –bazı davalarda- empati yapması, muhakkak onların lehine olan hükümleri uygulayacağı anlamına gelmez.

- Empati, **yargılamaksızın**, karşısındaki kişiyi anlamak demektir. Burada *Emil Cioran*'ın bir önermesini tartışmakta yarar var. *Cioran, Doğmuş Olmanın Sakıncası Üzerine*⁷⁵ adlı kitabında empati konusunda şunları söyler: “*Kimseyi kendi yerine koymadan yargılama*”. *Bu eski atasözü, her türlü yargılamayı olanaksız kılar. Çünkü, birini ancak tam olarak onun yerine kendimizi koyamadığımız için yargularız.*”

Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere, empatinin esası, kendimizi başkasının yerine koymak değil, başkasını kendi koşulları ve bakış açısı içerisinde anlamaktır. Dolayısıyla bu aşamada herhangi bir yargılama yani başkasını değer normuna tâbi tutmak söz konusu değildir. Hukuki değerlendirme ve yargı kurma edimi, anlama ediminden sonra gelen bir edimdir. Dolayısıyla anlama ve yargılama eşzamanlı edimler olmadığından *Cioran*'ın sözünü ettiği durum, en azından hukuk yargılaması bağlamında, söz konusu olmaz.

- Burada kısmen uygulanabilirliği üzerinde durduğumuz empati kavramı, davada taraflardan birinin hukuki veya siyasi düşünce biçiminin yargıç tarafından benimsenmesi, yargıcın kendisini adeta davanın tarafı veya **sanıkla özdeşleştirmesi durumunu kapsamaz**. Böyle bir durum yargıcın tarafsızlığını zedeleyer.⁷⁶

73 AYDIN, 2014, s. 4.

74 “Bir insanla empati kurmak demek, onun görüşlerini kabullenmek demek değildir. Bir insanla empati kurduğumuzda, o insanın neye önem verdiğini fark ettiğimizde **aslında o insana önem vermiş ve onu bir insan olarak algılamış oluruz**. Empati kurmak, anlamak demektir.” (Ömer BALDIK, *Ansiklopedik Eğitim ve Psikoloji Dersleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2004, s. 316, Vurgular bana aittir, M.A.T.).

75 Emil CIORAN, *Doğmuş Olmanın Sakıncası Üzerine*, Çev.: K.Sarılioğlu, Gendaş Kültür, İstanbul 2001, s. 85.

76 Nitekim basına yansıyan bir olayda (ceza davasında verilen beraat kararının gerekçesinde), yargıcın gerekçeyi kaleme alırken sanıkla aynı düşünce dünyasını paylaşarak, siyasi değerlendirmede bulunulması, tarafsızlığını zedeleyen, dolayısıyla disiplin ceza ile cezalandırılmasını gerektiren bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Nitekim basın, konuyla ilgili HSK Başkanının şu beyanlarına yer vermiştir: “Gerekçe incelendiğinde, hakimin sanıkla aynı düşünce dünyasını paylaştığı izlenimi verip, kendisini sanık yerine koyduğu, toplumun farklı kesimlerinin siyasi düşüncelerine, bu kesimlerin olaylar hakkındaki kanaatlerine yer verdiği ve siyasi değerlendirmelerde bulunduğu görülüyor (...) Hâkimin kararda zikrettiği gerekçenin

- Yargıç, toplum adına hüküm kuran bir kamusal figürdür. *Ben duygusuyla değil biz duygusuyla hareket etmek mevkiindedir. Alfred Adler'e göre biz duygusu, "başkasının gözüyle görmek, başkasının kulağıyla duymak ve başkasının kalbiyle hissetmek demektir."*⁷⁷ Dolayısıyla biz duygusuyla biçimlenen adalet duygusunun adil karara dönüşmesinde empati yapmanın önemi daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.
- *Iris Murdoch'a göre başka bir kişinin gerçekliğini anlamak aşk, adalet ve merhamet işidir. Buna göre, yargılamada tarafların gerçekliğini anlamak anlamına gelen empati kurmak da yargıcin kaçınamayacağı bir adalet işidir.*⁷⁸

KAYNAKÇA

- ARITÜRK, Ramazan: "Hukuk Eğitimi Yeniden Tasarlamak: Bir Hukuk Eğitim Reform Önerisi", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 9, Temmuz 2020, s. 1-64.
- AYDIN, Mehmet Zeki: *Empati*, Nobel Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2014.
- BALDIK, Ömer: *Ansiklopedik Eğitim ve Psikoloji Dersleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2004.
- BİLGİN, Nuri: *Sosyal Psikoloji Sözlüğü*, Bağlam Yayınları, İstanbul 2003.
- BUDAK, Selçuk: *Psikoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2003.
- BÜLBÜL, Davut: *Hakimin Takdir Yetkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2009.
- *Duygusal Zekâ - Empati* (Derleme), Çev.: Levent Göktem, Optimist Yayınevi, İstanbul 2018.
- CIORAN, Emil: *Doğmuş Olmanın Sakıncası Üzerine*, Çev.: K. Sarıalioğlu, Gendaş Kültür, İstanbul 2001.
- DE WALL, Frans: *Empati Çağı, Daha Anlayışlı Bir Toplum İçin Doğadan Dersler*, Çeviri: Kadir Yılmaz, Akılçelen Kitaplar, İstanbul 2014.

hukuk ahlakına, yargı geleneklerimize, Anayasa ve yasalarımızın öngördüğü sınırlara aykırı olması, en önemlisi ise **hakimin tarafsızlık ilkesini gölgeleyen**, adalete duyulan güven ve saygınlığı azaltıcı nitelikte görülmesi nedeniyle Hakimler ve Savcılar Kanununun öngördüğü yaptırıma tabi kılınmıştır." Cumhuriyet Gazetesi, 07.03.2019, s.8; <https://www.haberturk.com/Erişim Tarihi: 07.03.2019>.

77 Alfred ADLER, Kurze Bemerkungen über Vernunft, Intelligenz und Schwachsinn, Internationale Zeitschrift für Individualpsychologie 6 (1928), s. 267-272 (Manfred Reh binder, *Hukuk Sosyolojisi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Çeviri: İlyas Doğan-Hilal Kafkas, Astana Yayınları, Ankara 2019, s. 218'den naklen).

78 Raymond GAITA, *Filozofun Köpeği*, İngilizceden Çev.: Suut Kemal Angı, Dost Yayınları, Ankara 2005, s. 87.

- DÖKMEN, Üstün: İletişim Çatışmaları ve Empati, Remzi Kitabevi, 47. Basım, İstanbul 2012.
- EDİS, Seyfullah: “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1, 1972, s. 172 vd.
- EREM, Faruk *Adalet Psikolojisi*, 8. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1987.
- ERTÜRK, Yıldız Dilek: *Davranışlarımız ve Biz, Sosyal Psikoloji Bakışıyla Kalabalık İçinde Ben Olmak*, Pozitif Yayınları, İstanbul 2017.
- Brenner FISSELL, “Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History”, *Michigan State Law Review*, Vol. 817, 2016.
- RANKS, M.A: “Lies, Damned Lies, and Judicial Empathy”, *Washburn Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2011.
- GAITA, Raymond: *Filozofun Köpeği*, Çev.: Suut Kemal Angı, Dost Yayınları, Ankara 2005.
- GIDE, Andre: *Kalpazanlar*, Çev.: Tahsin Yücel, Can Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019.
- GOLEMAN, Daniel: “Empati Nedir?”, *Duygusal Zekâ Empati*, Çev.: Levent Göktem, Optimist Yayınları, İstanbul 2018.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: *Adalet Psikolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2016.
- KARARMAZ, Furkan: *Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2017.
- KAYNAK, Aydın Furkan: “Martha C. Nussbaum’un Duygu Teorisinden Hareketle Yargılamada Empati ve Sempati Kavramlarının Rolü” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, 2021, s. 165-181.
- KOHN, Alfie: *İnsan Doğasının Aydınlık Yüzü*, Çev.: Yiğit Ataman, Görünmez Adam Yayınları, İstanbul 2022.
- KORKMAZ, Nur Metin: “Müsait Bir Zamanda Aynı Duyguda Buluşalım mı?”, *Psikeart Empati Özel Sayısı*, Sayı: 58, Temmuz- Ağustos 2018.
- LEHRER, Jonah: *Karar Ânu, Beynimiz Karar Vermemizi Nasıl Sağlıyor?*, Çev.: Ferit Burak Ayder, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2010.
- MARAİ, Sandor: *Buda’da Bir Boşanma*, Çev.: Tarık Demirkan, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2022.
- MCDANIEL, Kris: “Edit Stein: Empati Sorunu Üzerine”, *Felsefenin İhmal Edilmiş On Klasığı*, Editör: Eric Schliesser, Çev.: İlke Aksu-Onur İşci, Heretik Yayıncılık, Ankara 2019.
- NİŞANYAN, Sevan: *Nişanyan Sözlük*, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, Liber Plus Yayınları, Ankara 2018.
- ÖZTÜRK, Kâzım: İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. III, Ankara 1966.
- REHBINDER, Manfred: *Hukuk Sosyolojisi, Genişletilmiş 2. Baskı*, Çeviri: İlyas Doğan-Hilal Kafkas, Astana Yayınları, Ankara 2019.
- SMITH, Adam: *Ahlaki Duygular Kuramı*, Çev.: Berkay Tartıcı, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2017.

- SMITH, Tiffany Watt: *Duygular Sözlüğü*, Türkçesi: Hale Şirin, Kolektif Kitap, İstanbul 2018.
- ŞEKER, Hilmi: *Yargıçların Düşünce Özgürlüğünün Görünüm Biçimleri*, <https://hukukbook.com/yargiclarin-dusunce-ozgurlugunun-gorunum-bicimleri/>, Erişim Tarihi: 28.03.2022.
- TATHAN BEKAROĞLU, Ece: “Empati ile Acının Kaynaklarının Düellosu” *Psikeart Empati Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos 2018, Sayı: 58.
- TOPAKKAYA, Arslan: *Hukuk Hermeneutigi (Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı)*, Adalet Yayınları, Ankara 2019.
- TUNCAY, A. Can: *Yargı Etiği Açısından Tarihte Ünlü Davalar*, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- TUTAREL-KIŞLAK, Şennur: “Empati”, *Felsefe Ansiklopedisi*, Editör: Ahmet Cevizci, Cilt: 5, Etik Yayınları, İstanbul 2007.
- *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005.
- *Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2015.
- UYGUR, Gülriz: *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013.
- ÜNAL, Cavit: “İnsanları Anlama Kabiliyeti”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 3, 1972.
- YAMAN, Ertuğrul: *Ortak Yaşam Sanatı Uzlaşma Kültürü*, Eysem, Ankara 2018.
- YÜCEL, Mustafa Tören: *Adalet Psikolojisi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2014.

